

197

Raad van Arbitrage voor de Bouw (Scheidsgerecht) 12 september 2011, nr. 33.231

(Mr. W. ten Cate, R. Wilken en ir. P. de Jong)  
m.nt. T.B. van Dijk en M.S. Houweling<sup>1</sup>

BW art. 7:752, 7:756 en 7:764; UAV 1989

**Staat het opdrachtgevers vrij de aannemingsovereenkomst eenzijdig te beëindigen door ontbinding?**

(...)

**Het scheidsgerecht**

1. De ondergetekenden, mr. W. ten Cate, lid-jurist van het College van Arbiters van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, R. Wilken en ir. P. de Jong, beiden lid-deskundige van het College van Arbiters van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, zijn door de voorzitter van deze Raad overeenkomstig de statuten van de Raad benoemd tot scheidslieden in dit geschil. De ondergetekenden hebben hun benoeming schriftelijk aanvaard. De voorzitter heeft verlof verleend tot behandeling als spoedgeschil. Bij brief d.d. 23 juni 2011 is van een en ander mededeling gedaan aan partijen. Overeenkomstig de statuten van de Raad is aan het scheidsgerecht toegevoegd mr. J.A. Liewes, secretaris van de Raad.

**Het verloop van de procedure**

2. Voor de loop van het geding wordt verwezen naar de volgende stukken:

- de memorie van eis d.d. 24 mei 2011 inzake een spoedgeschil, binnengekomen per fax op 24 mei 2011 en per post met producties op 30 mei 2011;
- het faxbericht van mr. Groenewoud d.d. 1 juni 2011 met kanttekeningen ten aanzien van het verzoek tot spoedbehandeling;
- de brief van de Raad d.d. 23 juni 2011, waarin onder andere is medegedeeld dat de voorzitter — ondanks de kanttekeningen van mr. Groenewoud — verlof heeft verleend tot behandeling als spoedgeschil;
- de memorie van antwoord in conventie en van eis in reconventie, met producties;
- de memorie van antwoord in reconventie tevens houdende akte wijziging van eis, met producties;

- de brief van mr. Beijne d.d. 8 augustus 2011 houdende een vermeerdering van eis in reconventie, alsmede overlegging van een productie;
  - de akte van mr. Beijne d.d. 10 augustus 2011 houdende een (voorwaardelijke) vermeerdering van eis in reconventie;
  - de pleitnotities van mr. Teerink.
3. De mondelinge behandeling van het onderhavige geschil heeft plaatsgevonden op vrijdag 12 augustus 2011. In het kader van de mondelinge behandeling heeft een bevestiging van het werk plaatsgevonden.

**De gronden van de beslissing in conventie en reconventie**

*de bevoegdheid*

4. De bevoegdheid van de ondergetekenden tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheidrechtelijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast. Zij berust op artikel 21 van de toepasselijke Algemene Voorwaarden voor Aannemingen in het bouwbedrijf 1992 (AVA 1992) waarin een arbitraal beding is opgenomen dat verwijst naar de Raad en zijn statuten.

*de feiten*

5. Tussen partijen staat het volgende vast:
- a. Aanneemster heeft met opdrachtgevers op 21 september 2010 een aannemingsovereenkomst gesloten betreffende de bouw van een woonhuis te X., volgens een van een derde afkomstig ontwerp. Op deze overeenkomst zijn de AVA 1992 van toepassing verklaard;
  - b. Aanneemster heeft opdrachtgevers een factuur gestuurd d.d. 6 januari 2011 ad € 35.000,00 exclusief btw (6e termijn, dakplaten);
  - c. Opdrachtgevers hebben betaling van voornoemde factuur vanwege gestelde gebreken aan het dak achterwege gelaten;
  - d. Op 21 februari 2011 heeft aanneemster haar werkzaamheden stilgelegd;
  - e. Opdrachtgevers hebben aanneemster op 22 februari 2011 en op 1 maart 2011 gesommeerd gestelde gebreken aan het dak (en overige gebreken) te herstellen;
  - f. Aanneemster heeft aan deze sommaties geen gehoor gegeven.

*de vordering in conventie*

6. Opdrachtgevers zijn — kort gezegd — van mening dat het werk dusdanige ernstige constructieve gebreken vertoont, die ondanks sommaties daartoe niet door de aanneemster verholpen zijn, dat zij gerechtigd zijn de aannemingsovereenkomst te ontbinden. Ten gevolge van de ontbinding vorderen zij vergoeding van de door hun geleden en nog te lijden schade.
7. Opdrachtgevers concluderen — na wijziging van eis — als volgt:

In conventie:

<sup>1</sup> Mr. T.B. van Dijk en mr. M.S. Houweling zijn beiden advocaat bij de sectie Bouw en Vastgoed van AKD Rotterdam.

- A. vraagt akte van zijn wijziging van eis, mitsdien dat zij thans vordert dat het Uw Raad moge behagen bij scheidsrechterlijk vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:
1. De tussen A. en B. gesloten aannemingsovereenkomst te ontbinden;
  2. A. te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 202 740,01, althans een door Uw Raad in redelijkheid te bepalen bedrag, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 24 mei 2011, althans de dag der verzuim, tot aan de dag der algehele voldoening;
  2. B. te veroordelen in de kosten van deze arbitrale procedure, waarin mede begrepen de vergoeding van de kosten van processuele bijstand van de gemachtigde van A., te vermeerderen met de wettelijke rente indien B. de proceskosten niet binnen veertien dat na dagtekening van het te wijzen vonnis heeft betaald;'

€ 114 399,79

Te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 maart 2011 tot de dag der algehele voldoening.

- III. Gedaagden op voormelde gronden te veroordelen tot betaling aan eiseres van een bedrag groot € 10 399,98 exclusief BTW, althans een door uw Raad in goede justitie te bepalen bedrag terzake van buitengerechtigde kosten, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 maart 2011 tot de dag der algehele voldoening;
- IV. gedaagden te veroordelen in de kosten van arbitrage, waaronder begrepen deskundigenkosten, kosten juridische bijstand te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf de dagtekening van het vonnis tot de dag der algehele voldoening.'

10. Opdrachtgevers hebben vervolgens in reconventie als volgt geconcludeerd:

'In reconventie:

Het Uw Raad moge behagen om, op vorenstaande gronden, bij scheidsrechterlijk vonnis uitvoerbaar bij voorraad, B. niet-ontvankelijk te verklaren in haar vorderingen, althans en in elk geval haar vorderingen af te wijzen als onjuist en/of onbewezen, met veroordeling van B. in de kosten van de procedure, onder bepaling dat zij de wettelijke rente over de proceskosten verschuldigd zal zijn, indien en voor zover zij de proceskosten niet binnen 14 dagen na dagtekening van het in dezen te wijzen vonnis heeft voldaan.'

**het verweer en de vordering in reconventie**

8. Aanneemster is – kort gezegd – van mening dat er geen gebreken aan het werk kleven. Voor zover er wel gebreken aan het werk kleven, is zij van mening dat zij haar werkzaamheden terecht heeft stilgelegd vanwege het onbetaald blijven van haar factuur d.d. 6 januari 2011 ad € 35 000 (6<sup>e</sup> termijn, dakplaten). Thans vordert aanneemster betaling van de door haar uitgevoerde werkzaamheden (naar de stand van het werk) en voor zover zij niet meer wordt toegelaten tot het werk, daarbij de ontbinding van de aannemingsovereenkomst.

9. Aanneemster concludeert – na vermeerdering van eis – als volgt:

'Met conclusie:

In conventie:

Dat het Uw Raad moge behagen A. niet-ontvankelijk te verklaren althans de vorderingen van A. af te wijzen met veroordeling van A. in de kosten van juridische en technische bijstand en in de kosten van het geding voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad.

De vordering in (gedeeltelijk voorwaardelijke) reconventie:

- I. Dat het uw Raad moge behagen bij arbitraal vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad de tussen partijen gesloten overeenkomst van aanneming van 21 september 2011 en de nadien daarop overeengekomen wijzigingen en aanvullingen te ontbinden;

En in elk geval

- II. Gedaagden op voormelde gronden te veroordelen tot betaling aan eiseres van een bedrag groot € 103 999,81 gespecificeerd als volgt:

Onbetaald gebleven werk	€	84 024,80
Meerkosten	-	3370,00
	€	87 394,80
19% omzetbelasting hierover	-	16 605,01
	€	103 999,81
10% buitengerechtigde kosten	-	10 399,98
		ten

**de beoordeling van het geschil**

**ontbinding**

11. Arbiters dienen te beoordelen of aanneemster terzake van haar verplichtingen uit de aannemingsovereenkomst in verzuim verkeert ten gevolge waarvan de verzochte ontbinding van de aannemingsovereenkomst gerechtvaardigd is.

12. Opdrachtgevers stellen in dit kader onder meer dat het werk dusdanig ernstige constructieve gebreken vertoont – met name aan het dak, de muren en oplegging van de vloerdelen van de eerste verdieping – dat het niet langer verantwoord is aanneemster het werk te laten voltooiën. Aanneemster weigerde na sommaties tot herstel over te gaan en is aldus in verzuim geraakt.

13. Arbiters hebben tijdens de bezichtiging van het werk onder andere geconstateerd dat verschillende houten spanten van de kap niet aansluiten, de houten spanten op verkeerde plekken van een uitsparing zijn voorzien, de oplegging van de houten spanten op verschillende plaatsen te gering is en de muurplaten van het dak zijn gekanteld. Al deze zaken zorgen ervoor dat de stabiliteit van de kap in het geding is. Voorts hebben arbiters tijdens de bezichtiging geconstateerd dat horizontaal in muren is gefreesd, waaronder dragende muren, waarmee de stabiliteit van de muren in het geding is. Bovendien hebben arbiters tijdens de

bezichtiging geconstateerd dat sprake is van gebrekkige op-  
legging van de vloerdelen van de eerste verdieping, waar-  
mee de stabiliteit van deze vloerdelen in het geding is. Hier-  
door is zelfs een onveilige situatie ontstaan, waardoor on-  
derstempeling van deze vloerdelen noodzakelijk is geble-  
ken. Anders dan aannemster stelde, zijn de constructieve  
gebreken – met name die betreffende de muurplaten –  
niet op eenvoudige wijze te herstellen.

14. Arbiters zijn gelet op voornoemde punten van oor-  
deel dat aannemster ter zake van haar verplichtingen uit  
de aannemingsovereenkomst toerekenbaar tekort is ge-  
schoten. Er is immers sprake van gebreken aan het werk  
ten gevolge van een gebrekkige uitvoering van de werk-  
zaamheden door aannemster.

15. De stelling van aannemster dat hij het werk over-  
eenkomstig de bouwtekeningen heeft uitgevoerd, doet  
hieraan (dus) niet af. Vorenstaande punten betreffen im-  
mers geen ontwerpfouten, maar uitvoeringsfouten waar-  
voor aannemster in ieder geval verantwoordelijk is.

16. Voor de volledigheid merken arbiters op dat de te-  
kening van de aangepaste kap door aannemster is vervaar-  
digd, zodat aannemster ook verantwoordelijk is voor het  
(aangepaste) ontwerp van die kap. Hierbij tekenen arbiters  
aan dat de goedkeuring van die tekening door de construc-  
teur van opdrachtgevers alleen de vorm van de kap betrof  
en niet de detaillering. Voorts is het aan aannemster om  
op basis van de voorhanden zijnde bouwtekeningen een  
werktekening te maken en bij verschillen in de maatvoe-  
ring, zoals aannemster stelt, hierover vóór uitvoering van  
de werkzaamheden bij opdrachtgevers navraag te doen. Nu  
zij dit heeft nagelaten komen de gevolgen hiervan voor haar  
rekening en risico.

17. Arbiters zijn gelet op de aard en omvang van voor-  
noemde gebreken (ook) van oordeel dat opdrachtgevers be-  
taling van de factuur d.d. 6 januari 2011 van € 35 000 (6<sup>e</sup>  
termijn, dakplaten) terecht hebben opgeschort.

18. Aannemster heeft gelet hierop (als reactie) ten  
onrechte het werk stilgelegd en niet na sommaties daartoe  
voortgezet en is daarmee in verzuim komen te verkeren.  
Opdrachtgevers zijn derhalve gerechtigd de aannemings-  
overeenkomst te ontbinden.

19. Arbiters zijn overigens ook van oordeel dat voor-  
noemde gebreken, gelijk opdrachtgevers stellen, van dusdan-  
ige aard en omvang zijn, dat in redelijkheid niet meer van  
opdrachtgevers kan worden gevergd dat zij aannemster  
het werk laten voltooien. Verzuim treedt in die zin ook in  
zonder nadere ingebrekestelling.

20. Voor de goede orde merken arbiters op, dat een en  
ander nog los staat van de overige gebreken die arbiters  
tijdens de bezichtiging hebben waargenomen en welke in  
het kader van de schadevaststelling nader aan bod zullen  
komen. Hierbij wordt wel aangetekend dat ook verschil-  
lende onvolkomenheden aan het werk kleven, omdat het  
werk simpelweg nog niet is voltooid.

21. Arbiters zullen gelet op het bovenstaande de vor-  
dering van opdrachtgevers in conventie tot ontbinding van  
de aannemingsovereenkomst toewijzen. De vorderingen  
van aannemster in reconventie worden hierdoor – nu

deze zijn gebaseerd op een toerekenbaar tekortschieten  
door opdrachtgevers – afgewezen.

#### *schadevergoeding*

22. Nu de aannemingsovereenkomst wordt ontbonden  
vanwege een toerekenbare tekortkoming tijdens aanneem-  
ster, hebben opdrachtgevers recht op een schadevergoe-  
ding.

23. Arbiters zijn echter van oordeel dat de vaststelling  
van de aan opdrachtgevers toe te wijzen schadevergoeding  
dusdanig complex is, dat dit gedeelte zich niet leent voor  
spoedbehandeling. Arbiters beschikken ook over onvol-  
doende gegevens (onder andere het ontbreken van een ge-  
detailleerde begroting) om hierover thans een oordeel te  
kunnen geven. Daarbij is aannemster naar het oordeel van  
arbiters evenmin voldoende in de gelegenheid gesteld haar  
standpunt ten aanzien van de gevorderde schadevergoe-  
ding genoegzaam te bepalen en naar voren te brengen.

24. Arbiters verwijzen deze vordering dan ook naar de  
gewone arbitrageregeling als hierna in het dictum aan te  
geven.

25. Arbiters dragen opdrachtgevers op om de tenge-  
volge van de ontbinding van de overeenkomst gevorderde  
schadebedragen nader te onderbouwen bij een binnen vier  
weken na de datum van dit vonnis in te dienen akte, behou-  
dens door of namens arbiters te verlenen uitstel.

26. Aannemster zal vervolgens in de gelegenheid  
worden gesteld om hierop bij akte binnen vier weken, be-  
houdens door of namens arbiters te verlenen uitstel, te rea-  
geren.

#### *de proceskosten en overige vorderingen*

27. De door de Raad gemaakte kosten van dit gedeel-  
telijk eind- en gedeeltelijk tussenvonnis hebben tot en met  
het depot van dit vonnis ter griffie van de rechtbank te Am-  
sterdam € 12 179,30 (waarvan € 1926,87 aan btw) bedragen  
en zijn verrekend tot een bedrag van € 6089,65 met de door  
opdrachtgevers gedane stortingen en tot een bedrag van  
€ 6089,65 met de door aannemster gedane stortingen.

28. Arbiters zijn van oordeel dat nu aannemster in  
overwegende mate in het ongelijk is gesteld, zij de tot nu  
toe gemaakte kosten dient te dragen.

29. Arbiters bepalen de tegemoetkoming in de kosten  
van rechtsbijstand van opdrachtgevers in billijkheid op  
€ 8250.

30. Ter zake van de proceskosten dient derhalve door  
aannemster aan opdrachtgevers te worden voldaan  
(€ 6089,65 + € 8250 =) € 14 339,65. Arbiters zullen tevens,  
gelijk opdrachtgevers hebben gevorderd, de wettelijke  
rente over dit bedrag toewijzen, voor zover aannemster  
niet binnen 14 dagen na dagtekening van het vonnis aan  
haar betalingsverplichting op dit punt heeft voldaan.

31. Arbiters zullen het vonnis, zoals gevorderd, uit-  
voerbaar bij voorraad verklaren.

#### **De beslissing**

Arbiters, rechtdoende als goede mannen naar billijkheid:

*in conventie*

- ontbinden de tussen aannemster en opdrachtgevers gesloten aannemingsovereenkomst d.d. 21 september 2010;
- veroordelen aannemster ter verrekening van de proceskosten aan opdrachtgevers te betalen € 14 339,65 (veertienduizend driehonderdnevenendertig euro en vijfenzestig cent), te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 14 dagen na dagtekening van dit vonnis, voor zover aannemster niet aan haar betalingsverplichting op dit punt heeft voldaan;
- verklaren dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- dragen opdrachtgevers op om de tengevolge van de ontbinding van de overeenkomst gevorderde schadebedragen nader te onderbouwen bij een binnen vier weken na de datum van dit vonnis in te dienen akte;
- houden voor het overige alle beslissingen, waaronder die van de nog te maken arbitragekosten aan.

In (voorwaardelijke) reconventie

- wijzen de vorderingen van aannemster af;

**Noot**

1. Tekortschieten van een aannemer leidt veelal tot een fundamenteel gebrek aan vertrouwen bij de opdrachtgever, met name als sprake is van een gebrekkige bouwkundige uitvoering van het werk. Niet zelden dient daarmee de vraag aan hoe de opdrachtgever de aannemingsovereenkomst voortijdig kan beëindigen. Zo ook in de hiervoor afgedrukte uitspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouw (spoedarbitrage).
2. De feiten zijn als volgt. Opdrachtgevers hebben op 21 september 2010 een aannemingsovereenkomst gesloten met aannemster, betreffende de bouw van een woonhuis. Op deze overeenkomst zijn de AVA 1992 van toepassing. Opdrachtgevers weigeren de zesde betalingstermijn (gereedkomen dak) aan aannemster te voldoen, vanwege gestelde gebreken aan het dak. Aannemster legt hierop haar werkzaamheden stil. Opdrachtgevers hebben aannemster vervolgens tweemaal gesommeerd de gestelde gebreken aan het dak (en overige gebreken) te herstellen. Aannemster heeft aan deze sommaties geen gehoor gegeven.
3. Opdrachtgevers stellen dat het werk dusdanig ernstige constructieve gebreken vertoont, dat zij gerechtigd zijn de aannemingsovereenkomst te ontbinden. Zij vorderen (in conventie) beëindiging van de overeenkomst met aannemster door ontbinding, alsmede betaling van de door hen gestelde schade. Aannemster stelt zich op het standpunt dat geen gebreken aan het werk kleven. Voor zover zou blijken dat wel sprake is van gebreken aan het werk, stelt aannemster dat zij haar werkzaamheden terecht heeft stilgelegd in verband met de onbetaald gebleven zesde termijn. Aannemster vordert op haar beurt (in gedeeltelijk voorwaardelijke reconventie) betaling van de door haar uitgevoerde werkzaamheden (naar de stand van het werk) en, voor zover zij niet meer wordt toegelaten tot het werk, de ontbinding van de aannemingsovereenkomst.

4. De centrale vraag in deze kwestie, of het opdrachtgevers vrij staat de aannemingsovereenkomst eenzijdig te beëindigen door ontbinding, geeft aanleiding om in de voorliggende annotatie kort stil te staan bij de diverse (voortijdige) beëindigingsgronden van aannemingsovereenkomsten. Dit is met name interessant omdat de (juridische en financiële) consequenties van de diverse geëigende rechtsfiguren nogal van elkaar verschillen.

5. Wij zullen aanvangen met de opzegging en daarmee vergelijkbare bepalingen uit de in het bouwcontractenrecht veelvuldig gebruikte algemene voorwaarden, zoals de UAV 1989 of de AVA 1992. Daarna worden de generieke en bouwspecifieke ontbinding, zoals deze in de voorliggende kwestie centraal staat, behandeld. Aan de hand daarvan zullen wij bezien of arbiters in casu op juiste gronden de vordering van opdrachtgevers tot ontbinding hebben toegewezen.

6. In ons Burgerlijk Wetboek ontbreekt een algemeen geldende opzegebepaling voor overeenkomsten. Voor een aantal specifieke overeenkomsten is wel in een wettelijke opzegbevoegdheid voorzien. Hierbij kan worden gedacht aan huur- en arbeidsovereenkomsten, maar ook aannemingsovereenkomsten. Zo is in art. 7:764 lid 1 BW bepaald dat een opdrachtgever te allen tijde bevoegd is de aannemingsovereenkomst (geheel of gedeeltelijk) op te zeggen. De opdrachtgever die van zijn bevoegdheid tot opzegging gebruikmaakt, hoeft daarvoor geen reden te geven. De opzegging zal resulteren in beëindiging van de overeenkomst op het tijdstip waartegen is opgezegd. Toekomstige verplichtingen komen daarmee te vervallen.

7. De opzegebepaling uit art. 7:764 lid 1 BW berust op de gedachte dat het mogelijke belang van de opdrachtgever bij niet-voortzetting van het werk groter is dan het belang van de aannemer bij de voltooiing daarvan, zolang de aannemer er maar niet financieel op achteruitgaat.<sup>2</sup> De opdrachtgever kan kortom zonder meer overgaan tot beëindiging van de contractuele relatie met zijn aannemer, ingeval hij daaraan bijvoorbeeld wegens gebrek aan vertrouwen behoefte heeft. Een tekortkoming aan de zijde van de aannemer is dus niet nodig.

8. Geheel zonder (financiële) consequenties zal de opzegging voor een opdrachtgever overigens niet zijn. Op de voet van art. 7:764 lid 2 BW is de opdrachtgever immers gehouden af te rekenen met de aannemer. Dit houdt in dat de opdrachtgever de volledige tussen partijen overeengekomen aanneemsom (of ingeval geen vaste aanneemsom is afgesproken, zoals die aan de hand van art. 7:752 BW kan worden vastgesteld) dient te voldoen, een en ander vermindert met de besparingen die de aannemer als gevolg van de opzegging heeft kunnen realiseren. Hierbij geldt dat de term 'besparingen' ziet op bespaarde kosten van materialen en arbeid, en voorts op eventuele vergoeding voor niet-gelopen risico.<sup>3</sup> In de praktijk betekent dit dat de aannemer in ieder geval aanspraak heeft op betaling van de algemene

<sup>2</sup> Toelichting Meijers, *Kamerstukken II 1992/93*, 23 095, nr. 3, p. 38.

<sup>3</sup> Toelichting Meijers, *Kamerstukken II 1992/93*, 23 095, nr. 3, p. 38-39.

kosten (AK) en winst (W) die berekend waren voor het werk.

9. Omdat art. 7:764 BW niet van dwingend recht is, kan daarvan worden afgeweken. In de bouwpraktijk wordt van die mogelijkheid veelvuldig gebruikgemaakt. Zo kennen de in de bouw gebruikte gangbare algemene voorwaarden veelal een bevoegdheid toe aan de opdrachtgever, maar soms ook aan de aannemer, om de overeenkomst op te zeggen dan wel in *onvoltooid staat te beëindigen*. Illustratief zijn de volgende twee beëindigingsbepalingen uit de UAV 1989 en de AVA 1992.

10. De UAV 1989 kent geen opzegbepalingen. Wel geeft par. 14 lid 7 UAV 1989 de opdrachtgever de bevoegdheid de aannemer op te dragen het werk in *onvoltooid staat te beëindigen*. In de AVA 1992 staat wél een opzegbepaling, namelijk in art. 11 lid 5. In dat artikel wordt de opdrachtgever de bevoegdheid gegeven de overeenkomst geheel of gedeeltelijk op te zeggen.

11. De opzegging en beëindiging in onvoltooid staat verschillen niet wezenlijk van elkaar. Het meest in het oog springende verschil is gelegen in de omstandigheid dat een opzegbepaling in algemene voorwaarden moet worden beschouwd als een afwijking op art. 7:764 BW. De opzegbepaling komt daarmee dus in de plaats van de wettelijke regeling. Beëindiging in onvoltooid staat is daarentegen een zelfstandige rechtsgrond tot beëindiging, nu ons Burgerlijk Wetboek deze rechtsfiguur niet kent. De beëindiging in onvoltooid staat komt hiermee dus te staan naast, en niet in plaats van, de opzegbevoegdheid uit art. 7:764 BW.<sup>4</sup> Een ander verschil is dat de beëindiging in onvoltooid staat het gehele werk betreft, terwijl opzegging ook op slechts een gedeelte van het werk betrekking kan hebben.

12. Beëindiging van de overeenkomst op basis van een opzegbepaling uit algemene voorwaarden leidt, evenals beëindiging in onvoltooid staat, tot het einde van de overeenkomst op het tijdstip waartegen is beëindigd. Toekomstige verplichtingen komen daarmee te vervallen, hetgeen met zich brengt dat ook geen sprake meer kan zijn van vergoeding van schade wegens te late oplevering (boete/korting).<sup>5</sup> Dit spreekt echter voor zich, nu de opdrachtgever zijn aannemer vanaf die datum waarschijnlijk niet meer tot het werk zal toelaten.

13. Indien de opdrachtgever opdracht geeft aan de aannemer het werk in onvoltooid staat te beëindigen (vgl. par. 14 lid 10 UAV 1989) of de overeenkomst opzegt op grond van in het bouwcontractenrecht veelvuldig gebruikte algemene voorwaarden (vgl. art. 11 lid 5 AVA 1992), zal moeten worden afgerekend. De aannemer heeft in die gevallen, gelijk als bij de afrekening conform art. 7:764 lid 2 BW, recht op de aanneemsom verminderd met de hem door de beëindiging bespaarde kosten.

14. De volgende rechtsfiguur is die van ontbinding. Een opdrachtgever kan een aannemingsovereenkomst ook

voortijdig door ontbinding beëindigen. In de in de bouwpraktijk veelvuldig gebruikte algemene voorwaarden is over ontbinding niets geregeld; de bevoegdheid tot beëindiging van de overeenkomst door ontbinding vloeit daarmee louter voort uit de wet.<sup>6</sup>

15. De volgende twee ontbindingsmogelijkheden kunnen worden onderscheiden:

- a. de ontbinding die kan worden ingeroepen direct als de nakoming onmogelijk is of eerst na het intreden van verzuim (art. 6:265 BW); en
- b. de ontbinding ingeval nog geen sprake is van een tekortkoming, maar daarop al wel wordt vooruitgelopen (art. 6:80 en 7:756 BW). Met name de laatste ontbindingsmogelijkheid is voor de bouwpraktijk interessant.

16. Art. 7:756 BW biedt specifiek ten behoeve van aannemingsovereenkomsten een ontbindingsmogelijkheid vóór de oplevering. Dit wordt ook wel anticipatieve ontbinding genoemd. Deze ontbindingsmogelijkheid is met name in de bouwpraktijk gewenst, nu de uitvoering van de aannemingsovereenkomst zich niet zelden uitstrekt over een lange tijd en ontbinding achteraf veelal geen bevredigende oplossing biedt.<sup>7</sup>

17. Voorwaarde voor de ontbinding van een aannemingsovereenkomst door de opdrachtgever op de voet van het eerste lid van art. 7:756 BW, is dat vóór de oplevering *waarschijnlijk* wordt dat het werk niet tijdig of niet behoorlijk zal worden opgeleverd. De rechter kan de overeenkomst dan geheel of gedeeltelijk ontbinden. In deze situatie is kortom nog géén sprake van een tekortkoming, doch louter van een *dreiging* daartoe.

18. Art. 7:756 BW betekent een aanzienlijke verruiming van de algemene anticipatieve ontbindingsbevoegdheid, zoals wij die kennen uit art. 6:80 BW. Het artikel eist namelijk niet dat *vaststaat* dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn (art. 6:80 lid 1 onderdeel a BW), noch dat door de aannemer een mededeling moet zijn gedaan waaruit de opdrachtgever heeft moeten afleiden dat de aannemer zal tekortschieten (art. 6:80 lid 1 onderdeel b BW), laat staan dat wordt vereist dat de opdrachtgever goede gronden heeft te vrezen voor deugdelijke nakoming door de aannemer en deze niet heeft voldaan aan de in art. 6:80 lid 1 onderdeel c BW bedoelde schriftelijke aanmaning.<sup>8</sup>

19. Hoewel de ontbindingsbevoegdheid uit art. 7:756 BW een ruimer bereik kent dan de algemene ontbindingsbevoegdheid uit art. 6:265 BW én de anticipatieve ontbinding uit art. 6:80 BW, is wel steeds rechterlijke tussenkomst vereist. Met andere woorden, een aannemingsovereenkomst kan louter door een rechter op de voet van art. 7:756 BW worden ontbonden. Ontbinding op grond van art. 6:265 en 6:80 BW kan daarentegen eveneens door middel van een buitengerechtelijke verklaring worden bewerkstelligd.

4 Mits de opzegbevoegdheid uit art. 7:764 BW niet is uitgesloten. Zie ook: P. Vermeij, 'Beëindiging van de overeenkomst van aanneming van werk: opzegging, beëindiging in onvoltooid staat en ontbinding', *TBR* 2010/212, p. 1158-1176.

5 RvA 4 januari 2010, nr. 71.396.

6 Wel zijn er in de diverse algemene voorwaarden met ontbinding vergelijkbare bepalingen opgenomen (vgl. par. 46 UAV 1989 en art. 18 AVA 1992).

7 Vgl. TM, *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 25.

8 TM, *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 24-25; TM, *Kamerstukken I* 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 7.

20. De beëindiging van de aannemingsovereenkomst door ontbinding blijft (ook) niet zonder (financiële) gevolgen. In geval van ontbinding op grond van art. 7:756 BW bepaalt de rechter de gevolgen daarvan. Ontbinding op grond van art. 6:265 BW heeft tot gevolg dat (nog) niet nagekomen verplichtingen niet meer hoeven te worden nagekomen. Bovendien ontstaan over en weer ongedaanmakingsverplichtingen van reeds verrichte prestaties (art. 6:271 BW). Bij aanneming van werk zal het in de meeste gevallen niet mogelijk zijn het reeds door de aannemer geleverde werk ongedaan te maken. In dergelijke gevallen zal de opdrachtgever daarvoor aan de aannemer een vergoeding moeten betalen (art. 6:272 lid 1 BW). Indien de overeenkomst uiteindelijk (geheel of gedeeltelijk) is ontbonden, dan kan van de tekortschietende partij schadevergoeding worden gevorderd (art. 6:277 lid 1 BW). Gelet hierop zal ontbinding een minder grote financiële aderlating met zich brengen dan de opzegging. In geval van een tekortschietende aannemer, doet de opdrachtgever er dan ook verstandig aan de aannemingsovereenkomst te ontbinden in plaats van over te gaan tot opzegging daarvan.
21. Tegen deze achtergrond zal hierna worden bezien of arbiters in de hiervoor afgedrukte uitspraak van de Raad, op juiste gronden op de vordering van opdrachtgevers tot ontbinding van de aannemingsovereenkomst hebben beslist. Terug naar de uitspraak.
22. Tijdens de bezichtiging hebben arbiters geconstateerd dat sprake is van serieuze constructieve gebreken aan onder meer de dakconstructie. Het betreffen, naar het oordeel van arbiters, geen ontwerpfouten, maar evidente uitvoeringsfouten waarvoor aannemster verantwoordelijk is. Tegen deze achtergrond hebben arbiters ons inziens terecht geoordeeld dat aannemster toerekenbaar is tekortgeschoten.
23. Ten aanzien van het verzuim van aannemster geldt het volgende. In casu heeft te gelden dat aannemster, ondanks (in ieder geval) een tweetal sommaties, weigerde tot herstel over te gaan. Hoewel de uitspraak daarover niet rept, achten wij aannemelijk dat die sommaties zouden kwalificeren als een ingebrekestelling als bedoeld in art. 6:82 BW. Gelet hierop zouden arbiters hieraan het terechte oordeel hebben verbonden dat aannemster daarmee in verzuim is komen te verkeren.
24. Minder begrijpelijk is evenwel het 'ten overvloede' oordeel van arbiters op het punt van verzuim van aannemster.
25. Arbiters oordelen dat het verzuim van aannemster ook *zonder* nadere ingebrekestelling wel zou zijn ingetreden. Er zou naar het oordeel van arbiters immers sprake zijn van zodanige gebreken dat in redelijkheid niet meer van opdrachtgevers kan worden gevergd dat zij aannemster het werk laten voltooien. Arbiters suggereren daarmee dat een ingebrekestelling in een dergelijke situatie achterwege zou kunnen blijven. Hiermee rijst de vraag of de *ernst* van de gebreken een rol moet spelen bij de beoordeling of verzuim zonder ingebrekestelling intreedt.
26. Als nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, dan is voor het intreden van de rechtsgevolgen van de

door de opdrachtgevers gestelde tekortkoming nodig dat sprake is van verzuim (art. 6:81 BW). Verzuim treedt eerst in als sprake is van een schriftelijke ingebrekestelling (art. 6:82 BW) waarin een redelijke termijn tot nakoming is gegeven, maar binnen welke termijn de nakoming uitblijft. Er zijn daarentegen gevallen waarin het verzuim intreedt, zonder dat een ingebrekestelling nodig is (art. 6:83 BW). Tot slot zou een ingebrekestelling achterwege kunnen blijven indien de redelijkheid en billijkheid dat eisen.

27. In casu is het enkele ernstig zijn van de gebreken ons inziens niet de juiste maatstaf om te bepalen of een ingebrekestelling achterwege kan blijven; bij ernstige gebreken zoals wij die bijvoorbeeld kennen uit par. 12 lid 2 UAV 1989 zou verzuim dan immers steeds zonder ingebrekestelling intreden. Slechts ingeval een ingebrekestelling in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar zou zijn, kan de redelijkheid en billijkheid een rol spelen. Dit mag echter niet al te snel worden aangenomen. De ernstige constructieve gebreken waarmee opdrachtgevers in de voorliggende kwestie werden geconfronteerd, zouden ons inziens juist aanleiding hebben moeten geven om de normale gang van de ingebrekestelling te volgen. Het oordeel van arbiters achten wij op dit punt dan ook onjuist.

28. Ook overwegen arbiters, gelet op de aard en omvang van de gebreken, dat opdrachtgevers de betaling van de zesde termijn op goede gronden hebben opgeschort. Dit lijkt ons juist. Opdrachtgevers hebben immers op de voet van art. 6:262 BW (de *exceptio non adimpleti contractus*) het recht hun betaling(en) op te schorten, zolang aannemster haar verplichtingen niet nakomt. Dat aannemster is tekortgeschoten, lijkt in casu evident.

29. In verband met de door arbiters (tijdens de bezichtiging) geconstateerde gebreken, wordt de door opdrachtgevers gevorderde ontbinding toegewezen. De (gedeeltelijk voorwaardelijke) reconventionele vordering van aannemster sneuvelt, nu deze is gebaseerd op het door haar gestelde tekortschieten van opdrachtgevers, terecht. Opdrachtgevers hebben hiermee aanspraak op vergoeding van de door hen geleden en nog te lijden schade, zowel ten gevolge van de wanprestatie als van de ontbinding. Arbiters hebben opdrachtgevers opgedragen de door hen gevorderde schadebedragen bij akte nader te onderbouwen.

30. De uitspraak vermeldt helaas niet welke rechtsfiguur aan de beëindiging ten grondslag ligt. Waarschijnlijk heeft partijen, en daarmee mogelijk ook arbiters, de ontbinding op grond van art. 6:265 BW voor ogen gestaan. Wij achten evenwel goed verdedigbaar dat in casu ook ontbinding op de voet van art. 6:80 lid 1 onderdeel c of art. 7:756 lid 1 BW doel zou hebben getroffen.<sup>9</sup> Er lijken ons kortom voldoende argumenten voorhanden die tot ontbinding zouden pleiten, ook voor ontbinding bij voorbaat.

31. Conclusie: de hiervoor afgedrukte uitspraak van de Raad gaf een goede aanleiding om in deze annotatie kort stil te staan bij de diverse rechtsfiguren, waarmee de opdrachtgever voortijdig afscheid kan nemen van zijn aannemer. Met recht kan worden gesteld dat de consequenties

<sup>9</sup> Vgl. Hof Leeuwarden 14 december 2010, LJN BP1096.

van de diverse beëindigingsgronden nogal van elkaar verschillen. Deze verschillen komen met name tot uiting zodra het, na de beëindiging, aankomt op de afrekening. In het algemeen zou kunnen worden gesteld dat de opdrachtgever, ingeval sprake is van een tekortschietende aannemer, er verstandig aan doet ontbinding te vorderen van de aannemingsovereenkomst (al dan niet mét schadevergoeding). Hij zal dan veelal beter af zijn dan wanneer hij in een dergelijke situatie overgaat tot opzegging van de overeenkomst of de aannemer opdracht geeft tot beëindiging in onvoltooid staat.

*T.B. van Dijk en M.S. Houweling*